

**EL PATRIMONIO AUTÓNOMO COMO DEUDOR CONCURSAL \****David Ricardo Sotomonte Mujica<sup>1</sup>***Contenido**

<i>EXORDIO</i> .....	1
1. <i>LOS PATRIMONIOS AUTÓNOMOS</i> .....	3
2. <i>RELACIONES ENTRE LOS PATRIMONIOS AUTÓNOMOS Y LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES</i> .....	5
3. <i>EL DEUDOR CONCURSAL</i> .....	8
4. <i>EL PATRIMONIO AUTÓNOMO COMO SUJETO CONCURSADO</i> .....	11
<i>CONCLUSIONES</i> .....	18
<i>CUESTIONAMIENTOS FINALES</i> .....	19
<i>BIBLIOGRAFÍA</i> .....	21

**Exordio**

De ordinario, cuando en nuestro país hacemos referencia a los patrimonios autónomos y su relación con los procesos o trámites concursales, inmediatamente nos viene a la memoria el sonado caso del concordato de Acerías Paz del Río S.A. y la fiducia en garantía que ésta había constituido –fideicomitiendo sus activos más valiosos- en beneficio de unos pocos acreedores; la polémica desatada por la decisión de la Superintendencia de Sociedades, de impedir la ejecución de dicho negocio jurídico ante el incumplimiento de la fiduciante con respecto a las obligaciones garantizadas, con base en

\* *Este artículo fue presentado a la revista el día 11 de septiembre de 2009 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 4 de diciembre de 2009, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.*

<sup>1</sup> Abogado y especialista en Derecho de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia, Master en Asesoría Jurídica de Empresas del Instituto de Empresa (Madrid, España) y Master en Derecho Comercial (L.L.M. in Commercial Law) de las universidades de Glasgow y Strathclyde (Escocia; Reino Unido). Se ha desempeñado como abogado del grupo de concordatos de la Superintendencia de Sociedades, coordinador (e) del mismo grupo, y asesor y consultor independiente. En la actualidad es magistrado auxiliar de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia –despacho del doctor WILLIAM NAMÉN VARGAS- y docente e investigador del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia.

los principios rectores del Derecho Concursal<sup>2</sup>; el perfeccionamiento de la hermenéutica judicial<sup>3</sup> frente al punto<sup>4</sup> y su posterior transposición al derecho positivo, mediante el artículo 17 de la Ley 550 de 1999<sup>5</sup>, antecedente necesario de la hoy vigente Ley 1116 de 2006<sup>6</sup> que, en principio<sup>7</sup>, da el mismo tratamiento a los patrimonios autónomos cuyo fideicomitente sea el deudor concursado.

No obstante lo anterior, creemos conveniente recordar que la vinculación entre dichos patrimonios y el Derecho Concursal no se agota con la fiducia mercantil en garantía, pues

<sup>2</sup> Auto 410-3480 del 4 de junio de 1997.

<sup>3</sup> Desarrollada por la Superintendencia de Sociedades como juez del concurso, en ejercicio de las funciones jurisdiccionales que el artículo 116 de la Constitución Política permitió que se otorgaran a las autoridades administrativas.

<sup>4</sup> Autos 410-653 y 410-1112 del 5 y 26 de febrero de 1997 ([Cervecería Ancla S.A.] confirmados [parcialmente el primero] por autos 410-6047 y 410-6048 del 12 de septiembre del mismo año; 410-4253 del 8 de julio de 1997 (Fatecolcar Ltda.); 410-4475 del 16 de julio de 1997 ([Fagra Ltda.] confirmado por auto 410-1087 de 5 de febrero de 1998), y 440-18083 del 7 de diciembre de 1999, *inter alia*.

<sup>5</sup> “Artículo 17. *Actividad del empresario durante la negociación del acuerdo*. A partir de la fecha de iniciación de la negociación, el empresario deberá atender los gastos administrativos que se causen durante la misma, los cuales gozarán de preferencia para su pago; y podrá efectuar operaciones que correspondan al giro ordinario de la empresa con sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables. Sin la autorización expresa exigida en este artículo, no podrán adoptarse reformas estatutarias; *no podrán constituirse ni ejecutarse garantías o cauciones a favor de los acreedores de la empresa que recaigan sobre bienes propios del empresario, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios*; ni podrán efectuarse compensaciones, pagos, arreglos, conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo, *ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de la empresa o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculden al fiduciario en tal sentido*.

[...]

“Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, será ineficaz de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial, y dará lugar a la imposición al acreedor, al empresario, a ambos y a sus administradores, según el caso, de multas sucesivas hasta de cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, hasta tanto se reverse la operación respectiva.

[...]

“Los administradores de las sociedades fiduciarias o de los empresarios que actúen en contravención del presente artículo podrán ser removidos por la Superintendencia que ejerza supervisión sobre la respectiva entidad administrada y, en caso de ausencia de supervisión estatal, por la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a petición de cualquier interesado.” (cursivas propias).

<sup>6</sup> El artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, en lo pertinente, es fiel reproducción de la norma contenida en la Ley 550 de 1999.

<sup>7</sup> Decimos “en principio”, por cuanto, una de las posibles interpretaciones del artículo 12 del Decreto 1038 de 2009 –norma en la que posteriormente nos detendremos–, podría llevar a concluir que, tratándose de procesos concursales liquidatorios, la fiducia mercantil en garantía conserva su ejecutabilidad.

son múltiples los roles que aquellos juegan ante las crisis patrimoniales jurídicamente relevantes, que el ordenamiento considera son dignas de intervención judicial, bien sea recuperatoria o liquidatoria.

En este orden de ideas, hemos querido abordar el asunto desde una óptica que podría presentarse como en exceso general, pero que así nos vemos obligados a estructurar, habida cuenta de la problemática ínsita en la materia. Partiremos entonces por analizar brevemente la figura del patrimonio autónomo, concepto, características y clases; pasaremos a determinar las principales calidades en las que se relaciona con los procesos concursales consagrados en nuestro ordenamiento, deteniéndonos principalmente en los eventos en los que podrá fungir como deudor concursado, para finalizar con unas anotaciones respecto a la reglamentación que sobre el tema ha expedido el Gobierno Nacional, esto es, el Decreto 1038 del 26 de marzo de 2009. Lo anterior, con el fin de responder, o por lo menos llamar la atención sobre tres inquietudes en particular: ¿se justifica aplicar el derecho concursal a los patrimonios autónomos en calidad de deudores?, en caso afirmativo, ¿qué patrimonios autónomos deberían ser sujetos concursados? y, al punto, ¿será idónea la ley de insolvencia patria?

## **1. Los Patrimonios Autónomos**

Al emprender averiguaciones sobre un determinado fenómeno o figura jurídica, se hace necesario indagar, en primer lugar, sobre su definición, noción o concepto. Tal método, en tratándose de patrimonios autónomos, nos obliga a concluir sin temor a equívocos, que a pesar de la abundancia de descripciones jurisprudenciales y doctrinales, carecen por completo de definición legal.

Sobre la materia, encontramos que el reconocimiento de la existencia de la figura en ciernes, es atribuido, por la doctrina especializada, al procesalista italiano ENRICO REDENTI, cuando describió un fenómeno con existencia añeja –incluso para su época-, al analizar las partes como sujetos del proceso y concluir que “[h]ay [...] casos en que se prevé y se organiza una administración autónoma para la gestión, o a veces también para la liquidación, de determinados patrimonios destinados a fines u objetivos previamente establecidos (entre los cuales puede estar también la satisfacción de un grupo de

acreedores), sustrayéndolos a este efecto a la libre disposición de sus titulares nominales. Hay también otros casos en que se organiza una administración para asegurar la conservación de patrimonios o de bienes, mientras se ignora o es incierto o controvertido quién sea el verdadero y efectivo titular de ellos”<sup>8</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, siguiendo los postulados de REDENTI<sup>9</sup>, ha precisado que “la práctica que forja el derecho y la presencia de distintos fenómenos jurídicos han desvirtuado la rígida concepción unitaria del patrimonio, puesto que se ha establecido la posibilidad real de que una misma persona tenga varios patrimonios a la vez, pero tan perfectamente delimitados que no se tocan y por cuya existencia, precisamente a causa de esa separación, correlativamente se pueden generar relaciones jurídicas también distintas que se desarrollan autónomamente [...] Esos son los llamados en la doctrina los patrimonios autónomos que se denominan así justamente porque teniendo vida propia, así sea de manera transitoria como suele ser, están destinados a pasar en definitiva a alguna persona natural o jurídica, o a cumplir una finalidad, aplicación o afectación específica; y si bien no se les ha conferido personalidad jurídica, lo cierto es que su presencia ha dado lugar a gran cantidad de operaciones y relaciones de derecho en el tráfico comercial de inculcable utilidad socio- económica, las cuales tanto pueden transcurrir pacíficamente como ser objeto de controversias o litigios. [...] Dichos patrimonios tienen su génesis en la ley que determina de alguna manera su conformación e identidad [...] es el legislador quien le otorga a los bienes [...] la condición de patrimonio autónomo”<sup>10</sup>.

Así mismo, la Corte Constitucional ha reconocido la existencia del fenómeno cuando, estudiando la empresa unipersonal, indicó: “debe entenderse por patrimonio autónomo, aquél constituido por bienes de una persona que al ser independizados, son destinados para fines específicos y que sirven de garantía de las obligaciones vinculadas a la ejecución o cumplimiento de una actividad. En estos casos, la persona sigue siendo la

<sup>8</sup> ENRICO REDENTI. *Derecho Procesal Civil* (1952), SANTIAGO SENTÍS MELENDO y MARINO AYERRA REDÍN (TRADS.), t. I, Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, p. 166.

<sup>9</sup> En sentencias 097 del 8 de agosto de 1994, expediente 4231, M.P. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS, y 038 del 6 de septiembre de 1999, expediente 5227, M.P. MANUEL ISIDRO ARDILA VELÁSQUEZ, *inter alia*.

<sup>10</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sentencia de Casación no. 200 de 3 de agosto de 2005* expediente 1909, M.P. SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO.

titular del patrimonio afectado, sin que se forme una persona jurídica [...] debe concluirse, por lo tanto, que nuestra legislación ha aceptado la separación del patrimonio de la persona”<sup>11</sup>.

Tenemos, entonces, que el patrimonio autónomo no es otra cosa que un conjunto de bienes sin personalidad jurídica, transitorio, acéfalo, carente de titular temporal, considerado por algunos como universalidad jurídica de inmediato y exclusivo contenido económico<sup>12</sup>, afecto a un fin determinado por la ley o los particulares, cuya existencia reconoce el ordenamiento jurídico –aun cuando no desarrolla su concepto-. Es, en síntesis, el rompimiento del rígido esquema elaborado por la teoría clásica del patrimonio y la bienvenida a las modernas teorías alemanas y anglosajonas.

Las características que se pueden evidenciar con relación a los patrimonios autónomos, partiendo de la aproximación al concepto son: la existencia de un conjunto de bienes; su ausencia de definición legal; la carencia o indeterminación de su titular; la afectación del conjunto a un fin determinado por la ley o los particulares; la temporalidad de su existencia, y la privación de personalidad jurídica, a pesar de ser sujeto de derecho.

Ahora bien, tanto doctrina como jurisprudencia han identificado en nuestro ordenamiento –tradicionalmente y desde la óptica del derecho privado- como exponentes de la citada universalidad, a la *fiducia mercantil*, la *masa de bienes del ausente*, la *masa de bienes del que está por nacer*, la *herencia yacente* y la *masa de bienes del quebrado*<sup>13</sup>, existiendo discrepancia sobre si en la misma categoría se puede ubicar a la *comunidad de bienes* o *copropiedad*.

## 2. Relaciones entre los Patrimonios Autónomos y los Procedimientos Concursales

<sup>11</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-624 del 4 de noviembre de 1998*, expediente D-2054, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

<sup>12</sup> Cfr. ERNESTO PEÑA QUIÑONES y GABRIEL ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ. *El Derecho de Bienes*, 2. ed., 1. reimp., Legis, Bogotá, 2008.

<sup>13</sup> De este último no nos ocuparemos, habida cuenta de ser su origen y recaer sobre él el procedimiento concursal mismo.

La interacción de los fenómenos hasta ahora descritos con el derecho concursal dependerá de la posición jurídica que los mismos ocupen con relación a la crisis patrimonial judicialmente declarada<sup>14</sup>.

Así las cosas, el patrimonio autónomo podrá ser acreedor o deudor del concursado cuando quiera que entre ellos existan relaciones crediticias. En el primer caso, cuando funge como titular del derecho de crédito, estará sujeto a los principios de universalidad subjetiva e igualdad –por mencionar algunas de las máximas fundamentales del Derecho Concursal-, siéndole exigibles todas aquellas cargas que el concurso impone a cualquier acreedor<sup>15</sup>, *exempli gratia*, presentarse en término al concurso a efectos de obtener el reconocimiento de su derecho de crédito. En caso de ser deudor del fallido, no existirá cambio alguno en la relación acreedor – deudor, pudiendo actuar el concursado como si no existiese concurso, procediendo a exigir el cumplimiento de la obligación –por parte del patrimonio autónomo- según las reglas que de lo pactado y del derecho común resulten aplicables.

La universalidad en estudio también podrá ser una porción escindida del patrimonio del deudor concursado –como en la fiducia mercantil-, caso en el cual, su suerte dependerá de la fecha de su constitución, el procedimiento concursal en el que el fideicomitente se encuentre incurso y las finalidades para las cuales se creó. Es así como la fecha de constitución, junto con otros elementos descritos por las normas vigentes, pueden generar la revocatoria del patrimonio autónomo mediante las acciones y procedimientos establecidos por la ley<sup>16</sup>. Los efectos que sobre el patrimonio autónomo aparejaría el proceso de reorganización van desde la imposibilidad de ejecución del contrato de fiducia

<sup>14</sup> Para un completo análisis de la capacidad de los patrimonios autónomos, *cfr.* ENRICO REDENTI. *Op. Cit.*, pp. 166 a 169; HERNANDO DEVIS ECHANDÍA. *Compendio de Derecho Procesal - Teoría General del Proceso*, t. I, 13ª ed., Biblioteca jurídica Dike, Bogotá, 1994, pp. 377 a 380; HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO. *Instituciones De Derecho Procesal Civil Colombiano – Parte General*, t. I, 9. ed., Dupré Editores, Bogotá, 2007, pp. 294 y ss.; HERNANDO MORALES MOLINA. *Curso De Derecho Procesal Civil – Parte General*, 7. ed., ABC, Bogotá, 1978, pp. 204 a 214.

<sup>15</sup> Las que deberá cumplir por medio de su vocero o representante, quien variará según el tipo de patrimonio autónomo ante el cual nos encontremos.

<sup>16</sup> Las acciones revocatorias y de simulación se encuentran reguladas en los artículos 74 y siguientes de la Ley 1116 de 2006, donde se establece, para el caso en particular, un periodo de sospecha de 18 meses contados hacia atrás desde la iniciación del procedimiento concursal.

sin autorización del juez del concurso<sup>17</sup>, hasta su terminación por ministerio de la ley ante la no presentación o improbación del acuerdo de reorganización<sup>18</sup>. A su vez, el trámite liquidatorio generará, de ordinario, la terminación de los contratos de fiducia<sup>19</sup>. Mientras que la finalidad del patrimonio autónomo podrá hacer que sobre el mismo no recaigan las limitaciones y efectos atrás descritos, o que los bienes del mismo no se vean afectados por la universalidad objetiva<sup>20</sup>.

Ya como función, que no como posición jurídica frente al concurso, el patrimonio autónomo –fiducia mercantil- puede también convertirse en un mecanismo de estructuración del acuerdo de reorganización, bien sea como medio de administración, de consecución de fondos, etc.

<sup>17</sup> Ley 116 de 2006. *Artículo 17*. “Efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización con respecto al deudor. A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o facultan al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso”.

<sup>18</sup> Ley 1116 de 2006. *Artículo 38*. “Efectos de la no presentación o falta de confirmación del acuerdo de reorganización. Los efectos que producirá la no presentación o no confirmación del acuerdo serán los siguientes: [...] 4. La finalización de pleno derecho de los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil celebrados por el deudor, con el fin de garantizar obligaciones propias o ajenas con sus propios bienes. El juez del proceso ordenará la cancelación de los certificados de garantía y la restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo. Serán tenidas como obligaciones del fideicomitente las adquiridas por cuenta del patrimonio autónomo”.

<sup>19</sup> Ley 1116 de 2006. *Artículo 50*. “Efectos de la apertura del proceso de liquidación judicial. La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce: [...] 7. La finalización de pleno derecho de los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil celebrados por el deudor, con el fin de garantizar obligaciones propias o ajenas con sus propios bienes. El juez del proceso ordenará la cancelación de los certificados de garantía y la restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo. Serán tenidas como obligaciones del fideicomitente las adquiridas por cuenta del patrimonio autónomo”.

<sup>20</sup> Tal es el caso de los “patrimonios autónomos constituidos para adelantar procesos de titularización a través del mercado público de valores” y “aquellos patrimonios autónomos que tengan fines de garantía que formen parte de la estructura de la emisión” (arts. 17, 38 [parág.] y 50 [parág.] de la Ley 1116 de 2006); así como el de aquellos a que hace referencia el artículo 12 del Decreto 1038 de 2009.



Ahora bien, la posición jurídica que más nos interesa, es aquella en la que este *sui generis* sujeto de derecho es el deudor y como tal se inicia sobre él un procedimiento concursal, asunto que analizaremos adelante.

### 3. El Deudor Concursal

El Derecho Concursal, tal como lo conocemos modernamente, no es otra cosa que el resultado de la adaptación de la normatividad a la realidad y evolución del hombre y su conducta.

Nacidos en la antigüedad y anteccedidos por determinadas instituciones del derecho romano<sup>21</sup>, en el Medioevo los concursos encontraron su plenitud y arraigo en el Derecho Mercantil con la aparición de la figura de la quiebra; evolucionaron en los albores del siglo XX, mutando su carácter exclusivamente sancionador y liquidatorio para permitir, en veces, la recuperación del deudor fallido, y así convertirse, poco a poco, en una rama independiente y autónoma del ordenamiento jurídico, *verbi gratia*, aquella que tiene por objeto y finalidad primordial la regulación de los estados relevantes de crisis patrimonial.

Como resultado de la evolución que ha venido separando al Derecho Concursal del Comercial y del Derecho Privado en general, las instituciones propias de los concursos también han sufrido modificaciones que, en lo atinente al alcance de este escrito, repercutieron directamente sobre los sujetos que podían ser considerados como deudores en concurso o sujetos concursados. En este orden de ideas tenemos que, en principio, bajo el instituto de la quiebra, el deudor concursal sólo podía ser el comerciante individual, pero ante la aparición y auge de las formas asociativas, aquellas que fueran consideradas mercantiles también resultaron destinatarias de la norma. Con el tiempo se fue abandonando la estrechez del concepto de comerciante y se pasó a la noción de empresa, la cual, en mayor o menor medida, continúa imperando en la actualidad y contribuyó ampliamente a la aparición de los mecanismos concursales recuperatorios.

---

<sup>21</sup> Recordemos que ya la Ley de las XII Tablas disciplinaba los eventos en que un deudor era incapaz de afrontar sus obligaciones con respecto de varios acreedores.



Nuestro país no ha sido ajeno a la dinámica diacrónica del ordenamiento de la crisis patrimonial patológica, al punto que en determinados aspectos pudo considerarse - aunque temporalmente- como de avanzada. Sobre el particular, recordemos cómo la quiebra fue regulada en el Código Colombiano de Comercio Terrestre de 1887 (adopción del Código de Comercio Terrestre de Panamá de 1869), cuya vigencia se extendió hasta 1971<sup>22</sup>, y su destinatario como deudor fallido era única y exclusivamente el comerciante<sup>23</sup>. El Código de Comercio de 1971 incorporó el concordato como mecanismo recuperatorio, manteniendo la quiebra como institución-sanción y aplicando las mismas directrices que se venían observando, es decir, el acceso a los procedimientos concursales se reservaba a los comerciantes<sup>24</sup>, aun cuando, siguiendo los lineamientos establecidos por el legislador italiano de 1942, introdujo el concepto de empresa<sup>25</sup>. El Decreto 350 de 1989, reguló lo relativo a los mecanismos de salvamento del deudor –concordato preventivo obligatorio y potestativo-, ampliando, sólo en apariencia, el espectro de aplicación de este tipo de concursos, pues no obstante hacer referencia en su artículo 1º a que todo empresario podría acudir al concordato preventivo, limitó su espectro de aplicación a los empresarios “sujetos a la ley mercantil”<sup>26</sup>. Por su parte, la Ley 222 de 1995 al derogar

<sup>22</sup> La única modificación sufrida por esta codificación en materia concursal, fue la que se pretendió introducir a manera de reglamento por el Decreto 750 de 1940, el cual fue declarado inexecutable en 1969.

<sup>23</sup> El asunto era regulado por el artículo 121 del Código así: “Se considera en estado de quiebra a todo comerciante que sobresee en el pago de sus obligaciones, y se halle en incapacidad actual y declarada de cubrirlas”; por su parte, el artículo 1º del Decreto 750 de 1940, preceptuó: “Se halla en estado de quiebra todo comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones”.

<sup>24</sup> El artículo 1910 del Decreto-Ley 410 del 27 de marzo de 1971 (Código de Comercio), establecía que “[e]l comerciante que haya suspendido o tema suspender el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, podrá solicitar se le admita a la celebración de un convenio o concordato con sus acreedores”; frente a las sociedades comerciales, amén de la norma antes trascrita, resultaba aplicable ya no el concordato de manera potestativa, sino de manera obligatoria, cuando quiera que encajaran en el supuesto fáctico consagrado en el artículo 1928 *ídem*: “Las sociedades comerciales sometidas al control de la Superintendencia de Sociedades que tengan un pasivo externo superior a cinco millones de pesos o más de cien trabajadores [...] no podrán ser declaradas en quiebra sino cuando se hayan agotado los trámites del concordato preventivo [...]”; con relación a la quiebra, el artículo 1937 *ibíd* decía: “Se considerará en estado de quiebra al comerciante que sobresee en el pago corriente de dos o más de sus obligaciones comerciales”.

<sup>25</sup> Artículo 25 *ejusdem*, aun cuando no se debe perder de vista que la codificación mercantil que le antecedió ya mencionaba algunas empresas como actividades de comercio.

<sup>26</sup> Decreto 350 de 1989. *Artículo 1º* “Todo empresario sujeto a la ley comercial que se encuentre imposibilitado para cumplir sus obligaciones mercantiles, o tema razonablemente llegar a dicho estado, podrá solicitar la admisión al trámite de un concordato preventivo potestativo”; *Artículo 48* “Estarán sometidas al trámite del concordato preventivo obligatorio: 1º Las sociedades comerciales sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y que tengan un pasivo externo superior a la tercera parte del valor de los activos, incluidas las valorizaciones, o más de

tanto al Decreto 350 de 1999 en materia concordataria como las normas del Código de Comercio referentes a las quiebras, rompió la rígida estructura mercantilista de acceso al derecho concursal, estableciendo unos procedimientos a los que tendrían acceso las personas naturales y jurídicas, con independencia de su condición, esto es, sin importar que fuesen o no comerciantes<sup>27</sup>.

Con la entrada en vigor de la Ley 550 de 1999, empezó a regir en nuestro ordenamiento un nuevo tipo de trámite concursal recuperatorio (la promoción de acuerdos de reestructuración), el cual aplicaba a las personas jurídicas que sin tener necesariamente la calidad de comerciantes, estuviesen dedicadas a actividades de tipo empresarial que encuadraran dentro de las consideradas mercantiles por el Código de Comercio o a aquellas que coincidieran con las descritas como prestaciones mercantiles en la Ley 256 de 1996<sup>28-29</sup>. Infortunadamente, con la aparición de la Ley 1116 de 2006, se eliminó la

---

cien trabajadores permanentes a su servicio; [...] 2. Las sociedades de economía mixta [...]; 3. Las empresas industriales y comerciales del Estado.”

<sup>27</sup> Es aquí donde nuestra legislación pudo ser tenida como de avanzada, pues la inclusión de la persona natural no comerciante (consumidores primordialmente) dentro de los sujetos concursables, fue para la época (1995) un avance a nivel mundial, tanto que –hoy en día- es uno de los temas de mayor actualidad en el campo internacional. Es así como el artículo 90 de la norma en cita preceptuó: “[l]a Superintendencia de Sociedades [...] [s]erá competente de manera privativa para tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas, llámense sociedades, cooperativas, corporaciones, fundaciones, sucursales extranjeras, siempre que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación. Los jueces civiles especializados, o en su defecto, los jueces civiles del circuito, tramitarán los procedimientos concursales de las personas naturales”; mientras que el artículo 214 *ídem* (chocando con el anterior pero siendo el que durante la vigencia de la norma se aplicó) señaló: “El concordato y la liquidación obligatoria del deudor persona jurídica diferente a las sociedades comerciales y de las personas naturales, serán conocidos en primera instancia por los Jueces Civiles del Circuito Especializados, y a falta de estos, por los Civiles del Circuito, del domicilio principal del deudor. En estos procesos no habrá diligencias preliminares a la apertura del trámite concursal”; así mismo, el inciso final del artículo 210 *ibíd*, mantuvo la posibilidad para las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, de acudir al trámite de un concordato previamente a su liquidación administrativa.

<sup>28</sup> LEY 256 DE 1996. *Artículo 5º* “Concepto de prestaciones mercantiles. Las prestaciones mercantiles pueden consistir en actos y operaciones de los participantes en el mercado, relacionados con la entrega de bienes y mercancías, la prestación de servicios o el cumplimiento de hechos positivos o negativos, susceptibles de apreciación pecuniaria, que se constituyen en la actividad concreta y efectiva para el cumplimiento de un deber jurídico”.

<sup>29</sup> En efecto, el artículo 1º de la norma, al regular su ámbito de aplicación, estableció: “La presente ley es aplicable a toda empresa que opere de manera permanente en el territorio nacional, realizada por cualquier clase de persona jurídica, nacional o extranjera, de carácter privado, público o de economía mixta, con excepción de las vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que ejerzan actividad financiera y de ahorro y crédito, de las vigiladas por la Superintendencia Bancaria y de las Bolsas de Valores y de los intermediarios de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios sujetos a la vigilancia de la Superintendencia

posibilidad de que la persona jurídica no comerciante fuese un deudor concursado, limitando en tal sentido la aplicación del régimen de insolvencia a los comerciantes y a las personas jurídicas, e introduciendo, por primera vez en nuestra normatividad<sup>30</sup>, a los patrimonios autónomos individualmente considerados, es decir, con independencia de la situación patrimonial del fideicomitente<sup>31</sup>.

En síntesis, la legislación concursal patria fue aplicable sólo a los comerciantes hasta y durante la vigencia del Decreto 350 de 1989, mutó –con la Ley 222 de 1995- para dar cabida a todos los participantes o agentes del mercado sin importar su condición de comerciantes; acogió la noción de empresa con la Ley 550 de 1999, excluyó a la persona natural no comerciante e incorporó el patrimonio autónomo con la Ley 1116 de 2006.

#### **4. El Patrimonio Autónomo Como Sujeto Concursado**

En respuesta a nuestro primer interrogante, tenemos que la inclusión de los patrimonios autónomos como destinatarios del régimen de insolvencia es una opción legislativa acertada y plausible. No sólo es el resultado de la observancia de la realidad económica y negocial, sino también la reiteración del carácter dinámico y cambiante del Derecho Concursal, mediante el reconocimiento de las modernas modalidades de participación en la economía y aquellas de creación, gestión y desarrollo empresarial.

---

de Valores. Para los efectos de la presente ley, la actividad empresarial deberá corresponder a actos y operaciones previstos en los artículos 20 del Código de Comercio, 5° de la Ley 256 de 1996, 11 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y en el artículo segundo, literal b), de la Ley 527 de 1999; no tendrá que realizarse mediante establecimientos de comercio, y la persona que la organice se denominará empresario, aunque no tenga el carácter de comerciante. Esta ley se aplicará igualmente a las entidades territoriales, de acuerdo con lo dispuesto en el Título IV de la misma, y a las sucursales de sociedades extranjeras que desarrollen actividades permanentes en Colombia”.

<sup>30</sup> Recordemos que la Ley 550 de 1999 excluyó expresamente a los patrimonios autónomos indicando, en su artículo 1° (parágrafo 1°), que “Las empresas desarrolladas mediante contratos o patrimonios que no tengan como efecto la personificación jurídica, no están comprendidas por la presente ley en forma separada o independiente del respectivo o respectivos empresarios”.

<sup>31</sup> LEY 1116 DE 2006. *Artículo 2°* “Ámbito de aplicación. Estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto. Así mismo, estarán sometidos al régimen de insolvencia las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales”.

Tal como lo anticipamos, con las leyes 222 de 1995 y 550 de 1999 nuestro ordenamiento jurídico abandonó –producto de la evolución jurídico económica de la sociedad- la rigidez que lo caracterizaba en lo relativo al ámbito de aplicación de la ley concursal, para dar paso a un criterio más ajustado e incluyente, en consideración a las necesidades y realidades del devenir nacional. La calidad de deudor concursal ya no estaba reservada a los comerciantes y sociedades mercantiles, pues se procedió a permitir la aplicación de la norma a todos y cada uno de los sujetos de derecho que participaran en el mercado, reconociendo así la importancia e incidencia de los distintos agentes en la economía nacional –por los efectos de la concatenación de patrimonios-.

El escalón siguiente que la lógica imponía, dentro de esta gran evolución normativa, era incluir dentro de los sujetos concursados a aquel instrumento empresarial que la ley expresamente había excluido, es decir, al patrimonio autónomo, imposición acogida por el legislador de 2006.

Pues bien, el artículo 2º de la Ley 1116 de 2006, norma que –como ya se dijo- consagró la posibilidad de que los patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales accedan a los procedimientos concursales en calidad de deudores, fue objeto de regulación por parte del gobierno nacional mediante el Decreto 1038 de 26 de marzo del 2009.

Para responder a nuestros cuestionamientos restantes –el alcance de dichas normas y su idoneidad-, detengámonos en la correspondencia, si es que existe, entre la ley específica y su reglamentación, observando al efecto el contenido de los preceptos de la Ley 1116 de 2006 que resultan pertinentes: el artículo 2º *ídem* señala que “... estarán sometidos al régimen de insolvencia [...] *los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales*” y que “[e]l Gobierno Nacional establecerá los requisitos de admisión de dichos patrimonios autónomos al trámite de insolvencia a que se refiere la presente ley”, mientras el parágrafo del artículo 3º *ibídem* precisa: “[l]as empresas desarrolladas mediante contratos que no tengan como efecto la personificación jurídica, *salvo en los patrimonios autónomos que desarrollen actividades empresariales*, no pueden ser objeto del proceso de insolvencia en forma separada o independiente del respectivo o respectivos deudores”. (cursivas propias).

De las normas en comento se desprende, unívocamente, que el patrimonio autónomo llamado a ser deudor concursal no es otro que aquel que desarrolla actividades empresariales, es decir, aquel que en su interior, mediante los elementos que lo integran, conforma una empresa, o en gracia de discusión, cuando menos hace parte integrante y fundamental de una, sin importar si dicha empresa es mercantil o no –por cuanto el legislador no calificó la actividad-.

En tal sentido, si consideramos la empresa como la organización que de los factores de producción, capital y trabajo, hace el empresario para satisfacer las necesidades del mercado, o en términos del Código de Comercio –sin las limitaciones propias del criterio de mercantilidad-, como “toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios”<sup>32</sup>, los patrimonios autónomos que tienen acceso a los concursos son aquellos cuya actividad corresponde a tal definición, o lo que es igual, el querer de la norma se traduce en que *podrán ser deudores concursados “los patrimonios autónomos que desarrollen una actividad”<sup>33</sup> [...] económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios”<sup>34</sup>.*

En síntesis, el alcance de la norma redundante en que cualquier patrimonio autónomo cuyo objeto sea el desarrollo de una actividad empresarial –civil o mercantil-, es susceptible de ser concursado si se dan los supuestos consagrados en la normatividad para la apertura del procedimiento de insolvencia, e.g., cesación de pagos o incapacidad de pago inminente.

Partiendo entonces de los preceptos legales, la *fiducia mercantil*, la *masa de bienes del ausente*, la *masa de bienes del que está por nacer* y la *herencia yacente* (patrimonios autónomos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico), cuando resultan destinados al desarrollo de una actividad empresarial, serían susceptibles de verse avocados a un concurso recuperatorio o liquidatorio en calidad de deudores, veamos:

<sup>32</sup> Artículo 25 del Código de Comercio.

<sup>33</sup> Ley 1116 de 2006.

<sup>34</sup> Concepto de empresa del Código de Comercio, se insiste, sin las limitaciones del criterio de mercantilidad.

5.1. La fiducia mercantil. La posibilidad de que un patrimonio autónomo constituido mediante un contrato fiduciario desarrolle una actividad empresarial es absoluta. El fideicomitente puede escindir su patrimonio para que, la parte escindida sea destinada al desarrollo de una actividad eminentemente empresarial y en tal sentido, ante la crisis económica del patrimonio autónomo conformado, se podría acudir a la ley concursal.

Para mayor ilustración, ajustando nuestra temática a la definición que del contrato de fiducia hace el artículo 1226 del Código de Comercio, podríamos concluir que el fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados al fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para el desarrollo de la actividad empresarial determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

5.2. La masa de bienes del ausente. Este instituto, propio del Derecho Civil, regulado originariamente por los artículos 561 y siguientes del Código Civil, hoy disciplinado por la Ley 1306 de 2009 (artículo 115)<sup>35</sup>, genera la creación de un patrimonio autónomo compuesto por los bienes de un individuo –previa declaración judicial-, cuando su ausencia pueda generar perjuicios graves al ausente o a terceros. Así las cosas, si una persona natural dedicada a una actividad empresarial –de comercio o no- es declarada ausente, consolidándose así una universalidad autónoma sobre sus bienes, ante la crisis de dicho patrimonio, el curador y/o los acreedores de la empresa, estarían plenamente

<sup>35</sup> LEY 1306 DE 2009. *Artículo 115* “Reglas Sobre la Administración de Bienes del Ausente. La administración de bienes del ausente se someterá a las siguientes reglas especiales: 1. Acción: Podrán provocar el nombramiento de administrador los parientes obligados a promover la interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta y el Defensor de Familia. También podrán provocarla los acreedores, para que se les responda por sus obligaciones. Para este último efecto, el deudor que se oculta se mirará como ausente. 2. Designación: El administrador será legítimo o en defecto dativo. Cuando la cuantía de los bienes productivos supere las cuantías establecidas en el artículo 59 de esta ley o la complejidad de administración de estos lo amerite, el administrador será una sociedad fiduciaria. En todo caso, la tradición de los bienes del ausente la hará el Juez. 3. Administración: El administrador obrará como los demás guardadores que administran bienes, pero no le será lícito alterar la forma de estos, a menos que el Juez, con conocimiento de causa se lo autorice. 4. Búsqueda del ausente: Corresponderá a las autoridades y al administrador, persona natural, realizar todas las gestiones requeridas para dar con el paradero del ausente. 5. Terminación de la guarda: La guarda termina por el regreso del ausente, por su muerte real o presunta o por el hecho de hacerse cargo un procurador debidamente constituido y por la extinción total de los bienes. La vigencia de la fiducia estará condicionada a las mismas causales.



legitimados para solicitar la apertura de un concurso sobre la masa de bienes (al punto, el artículo 576 del Código Civil establecía: “[t]oca a los curadores de bienes el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus respectivos representados; y las personas que tengan créditos contra los bienes podrán hacerlos valer contra los respectivos curadores.”, mientras que el artículo 115 citado, faculta al acreedor para provocar la constitución del patrimonio autónomo para que se vean honradas las obligaciones del ausente), por cuanto se estaría ante los supuestos fácticos consagrados en los artículos 2º y 3º (parág.) de la Ley 1116 de 2006, esto es, un patrimonio autónomo dedicado a una actividad empresarial, incurso en cesación de pagos o en incapacidad de pago inminente.

5.3. La masa de bienes del que está por nacer. Nuestra legislación protege al *nasciturus*, aun cuando no lo considera persona<sup>36</sup>. Una de las formas en que se materializa la tutela del no nacido es la creación de un patrimonio autónomo con los bienes o derechos eventuales que le correspondan cuando aun estando en el vientre materno, fallezca su padre; así lo establecían los artículos 573 y 574 del Código Civil, hoy 59 y 63 de la norma que los derogó, la Ley 1306 de 2009.

En el evento de encontrarnos ante el fallecimiento de un empresario y la posible existencia de un hijo póstumo, el ordenamiento jurídico reaccionará generando un patrimonio autónomo en los particulares supuestos consagrados en la ley citada, caso en el cual, si los bienes que conforman tal conjunto desarrollaban en vida del causante una actividad empresarial, nuevamente nos encontraremos ante la posibilidad de apertura de un proceso concursal sobre aquel, pues se reitera, la única exigencia de la Ley 1116 de 2006 para que a ella accedan los patrimonios autónomos en calidad de deudores concursales es que adelanten actividades empresariales.

5.4. La herencia yacente. Regulada por los artículos 569 y siguientes del Código Civil, también derogados por la citada Ley 1306 (art. 116)<sup>37</sup>, y 581 a 585 del Código de

<sup>36</sup> Código Civil. *Artículo 74*. “Son personas todos los individuos de la especie humana ...”; *Artículo 90*. “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”.

<sup>37</sup> LEY 1306 DE 2009. *Artículo 116*. “Reglas Sobre la Administración de Bienes de la Herencia Yacente. La administración de bienes de la herencia yacente se someterá a las siguientes reglas



Procedimiento Civil, es el fenómeno que se genera al haber transcurrido 15 días de iniciada la sucesión de un causante y no haber sido aceptada o repudiada por los herederos conocidos.

En este particular asunto, sin importar que el *de cujus* hubiese sido o no comerciante, el patrimonio autónomo que nace con la declaración de yacencia podrá ser sometido a un procedimiento concursal, si en vida del titular fallecido estuviese destinado al desarrollo de una actividad empresarial –no necesariamente mercantil-.

Nos encontramos entonces frente a una situación que llama inmensamente la atención: supongamos que una persona natural no comerciante que destina todo su patrimonio al desarrollo de una actividad empresarial (obviamente no considerada mercantil) muere, el contrasentido que se presenta es que dicha persona en vida no tenía acceso al proceso concursal –en calidad de deudor-, mientras que declarada yacente su herencia, por generarse un patrimonio autónomo y estar los bienes destinados al desarrollo de la actividad empresarial a la que los destinaba el causante, esta universalidad sí será sujeto concursable.

También se presentarán contrasentidos en los casos de la masa de bienes del ausente y del que está por nacer, todos ellos generados por la ilógica exclusión de la persona natural no comerciante del ámbito de aplicación de la Ley 1116 de 2006. Es decir, el ausente –empresario persona natural no comerciante- no tiene acceso a la ley concursal, así como tampoco lo tiene el empresario padre del hijo póstumo; sin embargo, ante la

---

especiales: 1. Designación: El administrador será dativo. Cuando sea del caso se designará una sociedad fiduciaria. 2. Administración y liquidación patrimonial: El administrador tendrá las mismas facultades y limitaciones del administrador de bienes del ausente. Cumplido el plazo establecido en el numeral 4 del artículo 582 del Código de Procedimiento Civil, el administrador procederá a la liquidación del patrimonio. Una vez pagados los acreedores del causante y descontados los gastos originados en ese proceso, así como la remuneración del curador, se entregará el saldo al Instituto de Bienestar Familiar. 3. Acción de petición de herencia: El Instituto se apropiará inmediatamente de los valores recibidos, pero constituirá una provisión por si resulta condenado a restituir lo recibido a un heredero de mejor derecho. La restitución se limitará al principal corregido en la devaluación por el tiempo transcurrido entre la fecha que recibió los dineros y la de la restitución. 4. Terminación de la guarda: La guarda termina por la aceptación de la herencia o por la entrega de los dineros producto de la liquidación al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y por la extinción total de los bienes. Parágrafo. Cuando el difunto tenga herederos en el extranjero, el Cónsul de la Nación donde estos estén real o presuntamente domiciliados, podrá hacerse presente en el proceso, para que por su intermedio se notifique a los herederos, concediéndoles plazo para que se presenten a reclamar la herencia”.

declaración de ausencia o la muerte, el patrimonio autónomo que se conforma con los mismos bienes que el ausente o el fallecido poseía, sí puede ser un deudor concursal.

Lo hasta ahora expuesto, es lo que consideramos quiso el legislador al incluir los patrimonios autónomos como deudores concursados mediante los artículos 2º y 3º (parág.) de la Ley 1116 de 2006, empero, tal como adelante lo demostraremos, el Gobierno Nacional al reglamentar las normas en cuestión, restringió, indebidamente, el alcance que la Ley tenía.

En efecto, como ya quedó dicho, el legislador abrió la puerta para que todos los patrimonios autónomos que desarrollaren actividades empresariales tuviesen acceso al régimen de insolvencia y facultó al Gobierno para establecer los requisitos de admisión de tales universalidades a los procedimientos concursales. El ejecutivo, en desarrollo de la facultad otorgada, profirió el artículo 1º del Decreto 1038 de 2009, donde precisó: “[p]ara los efectos del artículo 2º de la Ley 1116 de 2006, los patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales tienen por objeto principal adelantar en forma organizada la administración o custodia de bienes destinados a procesos de producción, transformación, circulación o prestación de servicios”.

Al hacer un análisis del reglamento, no es difícil concluir que, con ausencia de técnica jurídica, en él se limita lo que la ley dio por llamar “patrimonios autónomos que desarrollen actividades empresariales” (parág. del art. 3º) o “patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales” (art. 2º), a patrimonios autónomos cuyo objeto es la administración o custodia de bienes con determinada destinación. En tal sentido, si bien la administración o custodia de bienes es considerada parte de una actividad empresarial o de la empresa en sí misma, ésta no se limita a aquella, bástenos –como sustento de lo anterior- memorar que empresa es “toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios”<sup>38</sup>, o lo que es igual, el gobierno restringió las actividades empresariales desarrolladas por el patrimonio autónomo que lo podrían hacer admisible a un trámite concursal, a aquellas de administración o custodia de bienes.

---

<sup>38</sup> Artículo 25 del Código de Comercio.

El yerro denunciado podría parecer un simple juego de palabras si sólo consideráramos a la fiducia como patrimonio autónomo, pues dentro de su propia definición (art. 1226 del Código de Comercio) contempla la administración de los bienes transferidos y allí sí resultaría relevante la destinación de los mismos a la actividad puramente empresarial – que el patrimonio en sí mismo fuera una empresa o hiciere parte integral de ella. Para mayor claridad, recurriremos a un ejemplo: un empresario persona natural dedicado a actividades agrícolas desaparece, muere, o, adicionalmente a su fallecimiento, le sucede un hijo póstumo, poniéndonos *ad portas* de una declaración de ausencia, yacencia o existencia de masa de bienes del *nasciturus*, es decir, con los bienes del ausente o causante –según el caso- se forma un patrimonio autónomo que en sí mismo constituye una empresa. No obstante, dicho patrimonio autónomo a pesar de encajar en los supuestos de hecho de la ley, no tendrá acceso al concurso, al no tener como “objeto principal” la administración o custodia de bienes destinados a procesos de producción, transformación, etc., pues su razón de ser primordial es: en la ausencia, proteger al ausente y sus acreedores dándole un representante al primero; en la yacencia, proteger a los herederos y el acervo sucesoral otorgándole un representante mientras los causahabientes proceden a aceptar la herencia y, en el último caso, la protección de los derechos del no nacido hasta que adquiera la condición de persona. Estos tres tipos de patrimonios autónomos, si bien llevan ínsita la administración y en veces custodia de los bienes de un sujeto de derecho, no tienen como fin primordial el desarrollo de una actividad empresarial, así la administración o custodia impliquen la ejecución de actividades de ese tipo.

No obstante lo anterior, esperamos, sinceramente, estar equivocados en la lectura que damos al artículo 1º del Decreto 1038 de 26 de marzo de 2009, pues el ideal sería que cuando los jueces realicen la hermenéutica de dicha norma, consideren que no dice cosa distinta a la contemplada en aquella que le antecedió y dio origen, es decir, a la Ley 1116 de 2006, y que el ejecutivo sencillamente dio una definición de actividad empresarial que sólo se aleja en su redacción de aquella contemplada por el Código de Comercio.

## CONCLUSIONES

Para terminar, nos permitimos insistir brevemente en que:

Se justifica legislar desde el punto de vista del Derecho Concursal para incluir en su ámbito de aplicación a todos los agentes del mercado.

El patrimonio autónomo que desarrolla actividades empresariales es un agente del mercado cuya crisis puede tener efectos devastadores en la economía local, regional y nacional. En tal condición, tanto la actividad empresarial desarrollada –la empresa-, como los acreedores y demás grupos de interés que coexisten con él, son merecedores de tutela, protección que enarbola no sólo la Constitución Nacional en su artículo 333, sino también la Ley de Insolvencia al contemplar dentro de sus finalidades la protección de la empresa –sin importar el vehículo jurídico o comercial que ella asuma-, del crédito y la preservación del empleo. Por tanto, el patrimonio autónomo que reúna las características citadas debe ser tenido como un sujeto concursable.

La Ley 1116 de 2006 tuvo en cuenta la evolución del Derecho Concursal y de la realidad económica y comercial cuando incluyó a los patrimonios autónomos que desarrollan actividades empresariales, dentro de su ámbito de aplicación.

Se debe hacer una interpretación sumamente cuidadosa del artículo 1º del Decreto 1038 de 2009, para que no entorpezca las bondades del Régimen de Insolvencia, restringiendo su alcance a unos pocos patrimonios autónomos que resultarían ser únicamente los creados mediante contratos de fiducia mercantil.

Se debe esperar a que los jueces competentes interpreten el reglamento para saber a ciencia cierta cuál será la suerte de los patrimonios autónomos distintos a la fiducia mercantil.

### **CUESTIONAMIENTOS FINALES**

Aunque somos conscientes de que las dudas que nos asaltan –y que en este acápite apenas enunciamos- se apartan del tema central de este escrito, hemos decidido compartirlas a efectos de generar un debate a futuro sobre las mismas:

¿Puede el ejecutivo establecer la competencia judicial para conocer de un proceso concursal mediante un decreto reglamentario? (artículo 7º del Decreto 1038 de 2009)

¿Es la vocera del patrimonio autónomo la indicada para certificar sobre quién ejerce influencia dominante en las decisiones de éste? (artículo 3º y numeral 6º del artículo 9º *ídem*)

¿Cuál es el verdadero alcance del artículo 12º del decreto reglamentario?, ¿se referirá a aquellos patrimonios autónomos constituidos como consecuencia de un acuerdo de reorganización?, ¿resultará –en la materia- aplicable el artículo 1238 del Código de Comercio?

## BIBLIOGRAFÍA

- Código Civil.
- Código Colombiano de Comercio Terrestre de 1887.
- Código de Comercio.
- CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-624 del 4 de noviembre de 1998*, expediente D-2054, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sentencias de Casación Nos. 097 del 8 de agosto de 1994*, expediente 4231, M.P. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS; *038 del 6 de septiembre de mil 1999*, expediente 5227, M.P. MANUEL ISIDRO ARDILA VELÁSQUEZ; y *200 del 3 de agosto de 2005*, expediente 1909, M.P. SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO.
- Decreto 350 de 1989.
- Decreto 750 de 1940.
- Decreto 1038 de 2009.
- ENRICO REDENTI. *Derecho Procesal Civil*, (1952), SANTIAGO SENTÍS MELENDO y MARINO AYERRA REDÍN (TRADS.), t. I, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.
- ERNESTO PEÑA QUIÑONES y GABRIEL ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ. *El Derecho de Bienes*, 2ª ed., 1ª reimp., Legis, Bogotá, 2008.
- Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
- HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO. *Instituciones De Derecho Procesal Civil Colombiano – Parte General*, t. I, 9ª ed., Bogotá, Dupré Editores, 2007.
- HERNANDO DEVIS ECHANDÍA. *Compendio de Derecho Procesal - Teoría General del Proceso*, t. I, 13ª ed., Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1994.
- HERNANDO MORALES MOLINA. *Curso de Derecho Procesal Civil – Parte General*, 7ª ed., ABC, Bogotá, 1978.
- Ley 222 de 1995.
- Ley 256 de 1996.
- Ley 527 de 1999.
- Ley 550 de 1999.
- Ley 1116 de 2006.
- Ley 1306 de 2009.

- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, Autos 410-3480 del 4 de junio de 1997, 410-653 y 410-1112 del 5 y 26 de febrero de 1997, 410-6047 y 410-6048 del 12 de septiembre del mismo año, 410-4253 del 8 de julio de 1997, 410-4475 del 16 de julio de 1997, 410-1087 del 5 de febrero de 1998, y 440-18083 del 7 de diciembre de 1999.